

**NOVEDADES RELACIONADAS CON LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
SOCIALMENTE RESPONSABLE. ESPECIAL REFERENCIA A LA
DISCAPACIDAD EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS
DEL SECTOR PÚBLICO DE ESPAÑA.**

Jorge López-Veiga Brea

Doctorando del Programa de Doctorado en Derecho Administrativo
Iberoamericano.

Investigador del Observatorio de políticas públicas en materia de discapacidad,
atención a la diversidad e igualdad de oportunidades.

Secretario académico de la Red Iberoamericana de Contratación Pública.

**I. CONSIDERACIONES PREVIAS RESPECTO A LOS CRITERIOS
SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

Antes de comenzar es conveniente recordar que la Constitución Española, establece que la Administración Pública debe estar y actuar al servicio objetivo de los intereses generales. Esta orden viene a sustentar de base y argumentación a la reciente concepción de que la contratación pública no constituye exclusivamente un medio para la obtención de prestaciones, obras o servicios en las condiciones económicamente más provechosas para la administración sino que es, sobre todo, una herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento de sus fines y valores fundamentales tales como la redistribución de la riqueza, la igualdad y la justicia. Con ello se contradice a una parte de la doctrina clásica administrativista, para esta, la contratación pública debe servir a criterios meramente económicos, esta concepción se traduciría en una reducción del Estado al papel de suministrador de servicios, a una neutralidad en la que se deje de contemplar a la contratación pública como un instrumento más de política económica.

La Administración cuando contrata con empresas la realización de obras o servicios de naturaleza pública dispone de una posición jurídica especial que le permite disponer de una serie de poderes que sólo se justifican en la medida en que previamente estén argumentados en razones de interés común. Por tanto, a través de la contratación del sector público es posible, y deseable, que los ahora llamados poderes adjudicadores garanticen que esa forma de prestar los servicios de interés general o de construir obras públicas se realice desde los postulados del servicio objetivo al interés de la ciudadanía. En efecto, de esta manera la Administración puede diseñar en la realidad de los pliegos de los contratos, compromisos éticos o sociales, que son de alguna manera el reflejo de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho que reconoce nuestra Constitución.¹

¹ AYMERICH CANO, C. I., "Condições sociais e contratación pública", Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, núm. 4, 2000, pp. 53-66.

En el caso de la contratación pública, se demuestra a diario como una política pública puede ofrecer servicios que en verdad pueden mejorar sustancialmente las condiciones de vida de las personas, haciendo real la aspiración de humanización de la realidad. Por lo tanto, cuando los órganos administrativos, que pueden regular la política pública a través de la contratación, evitan conscientemente el interés general y la consecuente evolución de las condiciones de vida de la población se puede colegir que están practicando directa o indirectamente actos contrarios al mandato constitucional genérico del artículo 128.1. Así, destinar enormes cantidades de dinero público a través de la contratación pública, bajo la prevalencia de un criterio economicista, para no conseguir ni el bienestar ni mitigar las necesidades sociales acuciantes que existen en la actualidad, es digno de reprochar debido a que en ocasiones se antepone la estabilidad financiera a la dignidad humana.²

II. EL TRATAMIENTO ACTUAL EN ESPAÑA DEL CRITERIO DE LA DISCAPACIDAD EN EL TODAVÍA VIGENTE TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

La Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios constituye la base sobre la que se fundamenta el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público³. Hay que señalar que en abril de 2015 se presenta un Anteproyecto de LCSP debido a la necesidad de transposición al Derecho español de las Directivas 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

El Estado español tiene la obligación de transponer las Directivas 2014/23, 24 y 25 hasta el 18 de abril de 2016, por lo que resulta imprescindible la aprobación de una nueva ley de Contratos del Sector Público para no incumplir el Derecho comunitario, algo que se ha convertido en tradición en España en materia de contratos públicos, y que como es sabido, se va a continuar con dicha tradición por la situación de parálisis del Estado al no disponer de un poder ejecutivo y legislativo que resultase saliente tras las elecciones generales del 20 de diciembre de 2015. Por ende, hasta que no se constituya un nuevo parlamento y gobierno el proceso de transposición estará paralizado, quedando a expensas de lo que se considere de aplicación de efecto directo de la nueva Directiva 2014/24/UE. Aunque hay artículos del TRLCSP que han sido modificados hace meses y que adaptan lo estipulado en la nueva Directiva en relación a los criterios sociales de la contratación pública.

² Cuestión que ha sido harto debatida con la reforma constitucional del artículo 135, de 27 de septiembre de 2011, en el que, entre otras cosas, se ordena que "los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta". Dicha prioridad puede llegar a conculcar principios y derechos que debieran ser inquebrantables.

³ En adelante, TRLCSP.

Retomando el vigente TRLCSP, las medidas que regulan los criterios relativos a las personas con discapacidad son las que citaremos a continuación:

1. Prohibiciones de contratar.

Estas prohibiciones en la esfera de la contratación pública se configuran como limitaciones al derecho a participar libremente en los procedimientos de contratación pública, de tal manera que pueden definirse como medidas aplicadas por los órganos de contratación para inhabilitar de los procedimientos de adjudicación de un contrato público a quienes incurran en una serie de circunstancias. La jurisprudencia española del Supremo, ha calificado a las prohibiciones de contratar como medidas de garantía del interés público, como cualidades descalificantes que impiden la contratación, que carecen de naturaleza sancionadora pero que limitan derechos.

En el TRLCSP, son los artículos 60 y 61 los que tratan la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas a aquellas empresas que vulneren diversa normativa social, laboral o ambiental, conviene mencionar que ambos artículos han sido recientemente redactados de nuevo por el apartado uno y dos de la Disposición Final Novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, dicha modificación está vigente desde el 22 octubre de 2015. Dentro de las circunstancias que imposibilitan los procedimientos de adjudicación se encuentra recogida la discriminación de las personas con discapacidad, así:

Artículo 60. Prohibiciones de contratar.

“1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 61 bis, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional, de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad⁴, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente; por infracción muy grave en materia medioambiental,(...)”⁵

⁴ El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, por medio de su Disposición Adicional Séptima establece que las infracciones y sanciones en el orden social en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad seguirán rigiéndose por el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, y en su artículo 15.3, ya se deja constancia que son infracciones graves: “El incumplimiento en materia de integración laboral de minusválidos de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para minusválidos, o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional” (Apartado 3º modificado por el art. 4.1 de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, en vigor a partir del 28 de diciembre de 2012).

⁵ La anterior redacción de este apartado del artículo 60.1 correspondía la letra c y decía así: “c) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o por infracción muy

d) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de conformidad con el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen. (...)”.

Respecto a la novedosa, y a su vez elogiada, referencia del art. 60.1 d) hay que tener en cuenta a la Disposición Transitoria Décima del TRLCSP que entrará en vigor el 2 de octubre 2016⁶ –introducida por el apartado trece de la Disposición Final Novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público–, en ésta se contempla que tal prohibición de contratar no será efectiva en tanto no se desarrolle reglamentariamente y se establezca qué ha de entenderse por el cumplimiento de dicho requisito a efectos de la prohibición de contratar y cómo se acreditará el mismo, que, en todo caso, será bien mediante certificación del órgano administrativo correspondiente, con vigencia mínima de seis meses, o bien mediante certificación del correspondiente Registro de Licitadores, en los casos en que dicha circunstancia figure inscrita en el mismo.

Hasta el momento en que se produzca la aprobación del citado desarrollo reglamentario, los órganos de contratación ponderarán en los supuestos que ello sea obligatorio, que los licitadores cumplen lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en relación con la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Cuarta del TRLCSP.

La citada Disposición Adicional Cuarta del TRLCSP, surgió con la intención legislativa de facultar a las Administraciones Públicas para que exijan el efectivo cumplimiento de la cuota exigida de trabajadores con discapacidad – antes en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI) y ahora en el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social– con la inclusión en los pliegos de contratación de un requisito de presentación documental excluyendo de la licitación a las empresas que no lo acrediten, y de preferencia en la adjudicación. Dicen así los apartados uno y dos de la Disposición:

“1. Los órganos de contratación ponderarán en los supuestos que ello sea obligatorio, que los licitadores cumplen lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos,

grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, (...) o por infracción muy grave en materia medioambiental (...)”.

⁶ Según determina el apartado 1 de la Disposición Final Decimotercera de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

relativo a la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes.

A tal efecto y en su caso, los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán incorporar en la cláusula relativa a la documentación a aportar por los licitadores, la exigencia de que se aporte un certificado de la empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma, o en el caso de haberse optado por el cumplimiento de las medidas alternativas legalmente previstas, una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto aplicadas”.

*“2. Los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación”.*⁷

El contenido de la Disposición era loable, no obstante poco pretencioso debido al hecho de que se incluye la posibilidad, y no la obligatoriedad, de incorporar en los pliegos de la cláusula relativa a la documentación a aportar por los licitadores, el certificado de la empresa con el número de trabajadores con discapacidad para verificar el cumplimiento de la ley. De la misma manera se incluye el término “podrán” para dar preferencia a la adjudicación a las empresas que tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100. Hubiera sido preferible no dejar la citada incorporación documental a la libre discrecionalidad de los correspondientes órganos de la Administración, ya que esta potestad puede permitir el establecimiento de otra grieta propicia para el incumplimiento normativo en esta materia tan sensible como la discapacidad en el mundo laboral, que podría evitarse por el legislador.

Es por esto que, continuando con el análisis del reciente art. 60. 1 d), es muy destacable esta nueva inclusión que se presenta con una *vacatio legis*, ya que puede suponer un paso decisivo en la protección del cumplimiento de la normativa que defiende los derechos e intereses de las personas con discapacidad, esto es porque viene a introducir por primera vez como prohibición de contratar con la Administración a las empresas que no cumplan con un imperativo que ya se reconocía en la extinta LISMI. Como hemos visto se pasa de una Disposición Adicional Cuarta poco exigente a un art. 60.1 d) con grandes pretensiones una vez se desarrolle reglamentariamente y se

⁷ Párrafo 2º del apartado 2 de la Disposición Adicional Cuarta del TRLCSP: “Si varias empresas licitadoras de las que hubieren empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al 2 por 100, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla”.

establezca qué ha de entenderse por el cumplimiento de dicho requisito a efectos de la prohibición de contratar. Además, hay que resaltar que esta redacción de la letra d) no se incluyó en el borrador del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público⁸ (que se analizará más adelante) lo que conllevará que su apartado correspondiente al art. 60.1 d), el art. 71, quedará anulado ante la redacción más ambiciosa y novedosa del vigente TRLCSP (al modificarse el TRLCSP en octubre de 2015 frente a la publicación en abril de 2015 del Anteproyecto de LCSP), o eso es de esperar, en buena lógica temporal, y también por el paso dado en favor de los trabajadores con discapacidad.

En relación a la apreciación o declaración de la concurrencia de la prohibición de contratar, con la nueva modificación del TRLCSP en su art. 61 (vigente desde 22 de octubre de 2015), la prohibición de haber sido sancionada la persona con carácter firme por infracción grave en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad –art. 60.1 b)– pasa de “requerir la previa declaración de su existencia mediante procedimiento al efecto” a que dicha prohibición “se apreciará directamente por los órganos de contratación, cuando la sentencia o la resolución administrativa se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance y duración, subsistiendo durante el plazo señalado en las mismas”. Respecto a la novedosa introducción del supuesto de empresas de 50 o más trabajadores que no cumplan con el requisito de que al menos el 2 por 100 de sus empleados sean trabajadores con discapacidad la prohibición, se apreciarán directamente por los órganos de contratación, subsistiendo mientras concurren las circunstancias que en cada caso las determinan.

Como consecuencia del nuevo art. 61 del TRLCSP, se sostiene que se están produciendo avances significativos para terminar con lo que en la práctica las prohibiciones de contratar resultaban inoperantes, debido a que no se podía aplicar la prohibición de forma automática, junto con el hecho de que órgano de contratación no estaba dotado de competencias para excluir de la licitación a una empresa que incurra en un supuesto que le prohíba celebrar contratos que hayan vulnerado criterios del ámbito de la discapacidad.⁹

2. Condiciones especiales de ejecución del contrato.

A diferencia de las prohibiciones de contratar éstas medidas o condiciones especiales no son de obligado cumplimiento para todos los órganos de contratación, tienen carácter potestativo. Esta posibilidad que se ofrece desde el legislador europeo a los órganos de contratación de establecer condiciones especiales de ejecución de un contrato público la encontramos en la Directiva 2004/18/CE, en su considerando 33 y en su artículo 26¹⁰. En la actualidad con

⁸ En adelante, Anteproyecto.

⁹ Vid. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su (RTACRC) 238/2014, Fundamento de Derecho Sexto.

¹⁰ Mediante dicha Directiva, además de proceder a refundirse la normativa anterior sobre la materia en un único texto, se incorporaba la doctrina contenida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al efecto. Fue precisamente a raíz de dicha jurisprudencia y de sentencias clásicas tales como la famosa de 20 de septiembre de 1988, recaída en el asunto Gebroeders Beentjes BV contra los Países Bajos, As. 31/87, pionera en estos asuntos; la de 26 de septiembre de 2000 en el asunto C-225/98 Nord-pas de Calais; o la

la nueva Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, esta posibilidad se encuentra regulada en sus considerandos 97 a 99 y en su artículo 70.

Se encuentran reguladas en el artículo 118 del TRLCSP, en él se dice “estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral”. Las condiciones especiales de ejecución se han de indicar en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales –a los efectos señalados en el artículo 223.f)–.

Cuando en los criterios de adjudicación se utiliza el baremo de mejor calidad-precio (y no el baremo del precio o del coste más bajo) y se incluyen cláusulas sociales se busca premiar a los empresarios que voluntariamente hayan elegido colaborar con un determinado objetivo social, pero, si el adjudicatario del contrato no fuese ese empresario colaborador, este objetivo social no se verá atendido. En cambio, con los criterios especiales de ejecución, deberán cumplirse en todo caso esos objetivos, sea quien sea el adjudicatario.

3. Contratos reservados.

Otra manifestación relativa a los criterios éticos o sociales, especialmente dedicada en las políticas activas de empleo respecto las personas con discapacidad, en la contratación pública española es la existencia de Contratos reservados.

Hay que indicar que ha sido la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social la que, a través de su artículo 4, ya ha modificado la Disposición Adicional Quinta del TRLCSP, que es donde se regula lo concerniente a los contratos reservados.

Por lo tanto, nos encontramos de nuevo ante una modificación del TRLCSP, vigente desde el 10 de octubre de 2015, posterior a la publicación del Anteproyecto, esta nueva literalidad establece la posibilidad de establecer contratos reservados sin límite económico alguno a Centros Especiales de Empleo, Empresas de Inserción (ambas figuras con sus propias regulaciones y registros, dirigidos los primeros a personas con discapacidad y las segundas a personas en situación o riesgo de exclusión social) y programas de empleo protegido. Se establece, de esta manera, la obligatoriedad de que se fijen en cada administración contratante porcentajes mínimos de reserva para dichos contratos.

De esta manera el Estado Español ya ha transpuesto el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE. Pero para seguir fielmente el propósito a lograr por el

de 17 de septiembre de 2002 en el asunto C-513/99 Concordia Bus Finland Oy AB contra Helsingin kaupunki, entre algunas otras, donde se fue evidenciando que podían introducirse ciertos aspectos sociales en la contratación pública, tales como la posibilidad de incluir condiciones sociales de ejecución de los contratos.

Considerando 36 y el art. 20 de la Directiva, se recomienda que a la hora de verificar las condiciones para la participación de un licitador en un procedimiento de contratación pública, los poderes adjudicadores deberán asegurarse que la integración de las personas con discapacidad y de las personas desfavorecidas aparece como misión principal en los estatutos u otros documentos legales de la empresa licitadora. Las empresas de economía social entran en esta categoría. Los poderes adjudicadores, al redactar los términos de referencia, deberán incluir la calidad del proyecto de integración social como criterio esencial para la adjudicación del contrato. Esto evitaría que las empresas contratasen de forma oportunista a personas con discapacidad o desfavorecidas sólo durante el período de ejecución de los contratos ganadores.¹¹

4. Establecimiento de prescripciones técnicas.

Para finalizar, cabe mencionar que tanto para el establecimiento de prescripciones técnicas (artículo 117.1) como para la determinación de los medios de comunicación admisibles, el diseño de los elementos instrumentales y la implantación de los trámites procedimentales, se establecen garantías de accesibilidad para las personas con discapacidad en el ámbito de la contratación pública (Disposición Adicional decimoctava TRLCSP). Lo que implica que deberán realizarse teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal como son definidos estos términos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad.¹²

III. REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TJUE SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA SOCIALMENTE RESPONSABLE, DE 28 DE ENERO DE 2016.

La STJUE 28 de enero de 2016, CASTA y otros, Asunto C-50/14, abre nuevas perspectivas a la colaboración de entidades sin ánimo de lucro en el ámbito de prestaciones a personas en los sectores sanitarios y sociales. Esta sentencia resuelve la petición de decisión prejudicial -tiene por objeto la interpretación de los arts. 49 y 56 TFUE- acerca de la adjudicación, sin licitación, del servicio de transporte de las personas en tratamiento de diálisis a diferentes centros sanitarios, a varias asociaciones de voluntariado organizadas sobre la base de prestaciones de trabajo no retribuido y a cambio de un efectivo reembolso de los gastos.

La cuestión elevada al TJUE relativa a que si se puede oponer el Derecho de la Unión en materia de contratos públicos a una normativa nacional que permite la adjudicación directa del servicio de transporte sanitario a asociaciones de

¹¹ CAIMI, VALENTINA (Coord.) "La Contratación Pública al servicio del progreso social. Una guía para la transposición de la Directiva europea sobre Contratación Pública". Social Platform. Octubre 2015.

¹² En relación a las prescripciones técnicas, de no ser posible cumplir con su definición *strictu sensu* por los criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, deberá motivarse suficientemente esta circunstancia.

voluntariado, el Tribunal advierte que la regla genérica es la de que un contrato no puede quedar excluido del concepto de contrato público por el solo hecho de que la retribución prevista se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio o de que sea celebrado con una entidad sin ánimo de lucro. Esto implica que los principios de la contratación pública, a destacar el de la transparencia y publicidad deben ser esenciales en aras de respetar la libre competencia de las demás empresas de otros estados miembros. No obstante, según el análisis de cada supuesto existen un conjunto de aspectos, como son el marco jurídico nacional, la naturaleza de las prestaciones consideradas, la eficiencia económica y el interés general, entre otros, que han de tenerse en consideración. Teniendo esto en cuenta, se concluye que los artículos 49 TFUE y 56 TFUE no impiden que una normativa nacional habilite a las autoridades locales atribuir la prestación de servicios de transporte sanitario mediante adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad, a asociaciones de voluntariado, significa esto, que esta clase de adjudicación es compatible con el Derecho de la Unión siempre que se cumpla lo siguiente: primero, que el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya realmente a una finalidad social y no persigan objetivos distintos a los de solidaridad y de eficacia presupuestaria que lo sustentan; segundo, que no obtengan ningún beneficio directo o indirecto de sus prestaciones, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros, en relación al reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, debe procurarse que el participante pueda obtener únicamente la devolución de los gastos efectivamente soportados como consecuencia de la prestación de la actividad, dentro de los límites establecidos previamente por las propias asociaciones; y tercero, si bien es admisible el recurso a trabajadores, puesto que, en su defecto, se privaría a esas asociaciones de la posibilidad efectiva de actuar en numerosos ámbitos en los que puede ponerse en práctica normalmente el principio de solidaridad, la actividad de esas asociaciones debe respetar estrictamente las exigencias que les impone la normativa nacional.

Asimismo establece una importante cautela de ámbito general, y recuerda que el principio general del Derecho de la Unión de prohibición del abuso de Derecho, no habilita una aplicación de esa normativa que ampare prácticas abusivas de las asociaciones de voluntariado o de sus miembros. Así pues, la actividad de las asociaciones de voluntariado sólo puede ser ejercida por trabajadores dentro de los límites necesarios para su funcionamiento normal.

Admitida así esta posibilidad, el TJUE, añade que cuando concurren todas las condiciones que a la luz del Derecho de la Unión permiten a un Estado miembro prever el recurso a asociaciones de voluntariado, se puede atribuir a éstas la prestación de servicios de transporte sanitario mediante adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad sin que resulte necesario realizar una comparación previa de las ofertas de varios operadores homogéneos (en su caso, también comunitarios) que puedan obtener la adjudicación directa. Con la salvedad de que deben ser respetados dos límites. El primero, que tal opción se justifique en el principio de eficiencia, es decir, que ese medio de actuación contribuya efectivamente al objetivo de eficiencia presupuestaria. En segundo lugar, que esas actividades comerciales sean marginales en relación con el

conjunto de las actividades de dichas asociaciones y que apoyen la prosecución de la actividad de voluntariado de éstas.

En conclusión, el Derecho europeo de la contratación pública habilita que en un contrato de prestaciones personales de carácter sanitario o social, se pueda adjudicar a entidades del tercer sector sin ánimo de lucro que colaboran con los fines públicos, dado el marcado carácter estratégico de esa colaboración. Como apunta GIMENO FELIÚ, esta posibilidad, con los límites ya descritos por el TJUE, exige una norma legal (dentro del marco competencial español, de las Comunidades Autónomas) que prevea y regule esta posibilidad. Sin ese marco legal expreso se deberán aplicar las reglas ordinarias de la contratación pública, lo que puede conducir a ciertos efectos “perversos”. Así, si la opción política es de una sensibilidad social en estos sectores clave, tan vinculados en España al desarrollo de prestación de importantes servicios a las personas, en un entorno de colaboración público-privada guiado por el principio de solidaridad y calidad, deberá regularse esta posibilidad. Y no es necesario, obviamente, esperar a la transposición formal por parte del Estado miembro de la UE.¹³

IV. CONCLUSIONES

La contratación pública, es de naturaleza horizontal, es decir, no es un fin en sí misma, es instrumental; la compra pública no es una política pública neutra, tiene su carga ideológica y su impacto en el mercado, está al servicio de variables como el fomento de pymes, de la innovación, del carácter social, medioambiental, etc. Cuestiones (cláusulas sociales) que debiera tener en cuenta siempre el poder adjudicador –siempre que estén vinculadas al objeto del contrato–, además del criterio clásico de selección de la oferta económicamente más ventajosa¹⁴.

A pesar de que con las Directivas de cuarta generación se pretende fortalecer la presencia de los criterios sociales en la contratación, parte de la doctrina considera que se debe aprovechar la transposición en los diversos ordenamientos jurídicos estatales para instaurar un verdadero modelo de políticas sociales, cuestión que con el Anteproyecto no se ha hecho. No hay una política sistemática de acercamiento de la contratación pública al tercer sector, sería deseable la creación de un observatorio o un consejo social de la contratación pública española, en el que se dé cabida un debate con las asociaciones de colectivos de exclusión social, asociaciones empresariales, entidades locales, autonómicas y estatal para establecer unos criterios comunes y consensuados para adoptar una acción social potente. No basta con la pretensión de excluir de la contratación a quienes incumplen con la normativa sobre discapacidad, debería darse un paso más ya que en la

¹³ GIMENO FELIÚ, J.M., “Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias”, en www.obcp.es.

¹⁴ *Vid.* STJUE de 20 de septiembre de 1988, *Beentjes/Holanda*, y la STJUE de 26 de septiembre de 2000, *Nord-Pas-de-Calais(Comisión/Francia)*.

práctica no se obliga al órgano contratante la inclusión en los pliegos de la documentación que certifique tal cumplimiento, como ya se ha expuesto.

Como ya se expuso con anterioridad, el TRLCSP ha tenido modificaciones de su contenido con posterioridad a la publicación en abril del borrador del Anteproyecto, y dichas modificaciones se realizaron con la aprobación de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social. Con la primera ley se modifican los arts. 60 y 61, lo concerniente a las prohibiciones para contratar, lo que significó transponer lo expuesto en el artículo 57; y con la segunda ley se modifica lo relativo a los contratos reservados, lo que significó transponer lo expuesto en el artículo 20 y el Considerando 36.

Es, por lo tanto, loable y reseñable que se acometieran esas reformas y que tangencialmente abordasen criterios éticos y de la discapacidad sin tener que esperar a la aprobación futura del Anteproyecto. Sobre todo habiendo un final de 2015 con un proceso electoral a las Cortes Generales en el que era previsible una incertidumbre en el resultado de la configuración parlamentaria de principios de 2016. No obstante, y con el criterio del CES no se aborda el grave problema de la corrupción y de los conflictos de intereses con la suficiente ambición y profundidad y tampoco la plena implementación de una contratación pública socialmente responsable.